rechtspraak

Kroniek jurisprudentie franchiserecht, tweede helft 2014

Mr. Th.R. Ludwig
Mr. A.W. Dolphijn

In de tweede helft van vorig jaar is er weer veelvuldige geprocedeerd over franchiseovereenkomsten. Met name ook in kort geding.

Een selectie van interessante uitspraken in dat verband volgt hierna.

Prognoses

Het Paalman arrest (HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7329) is nog steeds een van de relevante Hoge Raad-uitspraken. Echter, het leerstuk is nog steeds in ontwikkeling en wordt steeds verder uitgekristalliseerd.

De voorvraag is of er wel een prognose vertrekt is door de (aspirant) franchisegever. Als dat niet het geval is, dan faalt uiteraard ook het beroep van de franchisenemer op dwaling omtrent die prognose.

Vorenstaande vraag kwam aan de orde in een tussenvonnis van 17 september 2014 van de rechtbank Amsterdam (ECLI:NL:RBAMS:2014:6732). In dit vonnis heeft de rechtbank zich gebogen over de vraag of de franchisenemer zich terecht had beroepen op dwaling bij het aangaan van de franchiseovereenkomst wegens het verstrekken van een onjuiste prognose. De franchisenemer wijst op een PowerPointpresentatie van de franchisegever waarin onder meer staat dat het een beproefd franchiseconcept betreft en er sprake is van lage investering en hoog rendement. Op een tweetal overzichten die zijn afgedrukt op briefpapier van de franchisegever is te lezen “Gemiddelde omzet (...) € 58.350” en “Topomzet (...) € 102.600”. De rechtbank is (nog) niet overtuigd dat er een prognose verstrekt is en draagt de franchisenemer op te bewijzen dat er een prognose verstrekt is zoals franchisenemer stelt.

Uit voornoemd Paalman-arrest blijkt overigens dat de franchisegever ook geen verplichting heeft om een prognose af te geven. Echter, op de franchisegever rust wel een mededelingsplicht,indien de hij een prognose verstrekt waarvan hij weet dat deze fouten bevat.

De kantonrechter te Den Haag oordeelde op 11 november 2014 (2650159 RL EXPL 13-40354) over de vraag of een beroep op dwaling bij het aangaan van een huur- en dealerovereenkomst slaagt, welke laatste overeenkomst feitelijk als een vorm van franchiseovereenkomst gezien kan worden. De franchisenemer was bij het sluiten van de overeenkomst uitgegaan van bedrijfsgegevens van een andere gelijksoortige onderneming die voorheen in het gehuurde gehuisvest was. Omdat de franchisegever toen niet als zodanig fungeerde, had de franchisegever de vraag naar de historische bedrijfsgegevens doorgeleid aan de voorgaande exploitant. Het antwoord daarop werd rechtstreeks doorgeleid aan de aspirant franchisenemer, die daarop de (franchisegever)overeenkomst aanging. De kantonrechter oordeelde dat de inhoud van de inlichtingen niet aan de franchisegever kon worden toegerekend. Anders gezegd, er was geen sprake van een prognose die door de franchisegever afgegeven was. Uit het arrest van de Hoge Raad van 1 februari 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BY3129) volgt dat voor een succesvol beroep op dwaling de inlichtingen niet rechtstreeks van de wederpartij afkomstig hoeven te zijn, maar ook via een omweg bij de dwalende terecht kunnen komen. Wel dienen het steeds inlichtingen van de wederpartij te zijn. Daar lijkt in onderhavige geval geen sprake van te zijn. Verder komt de vraag op of de betreffende inlichting wel als prognose kan worden gekwalificeerd. Dat lijkt niet het geval, nu slechts historische bedrijfsgegevens zijn overgelegd. Bovendien wordt de juistheid van de inlichting niet betwist. Waar het in dit geval om ging was, dat de franchisenemer kennelijk in de veronderstelling was dat de voorgaande onderneming, niet zijnde een franchiseonderneming of filiaal van de franchisegever, eerder verhuisd was naar de eerste etage dan gedacht. De franchisenemer meent dat de franchisegever hier een mededelingsplicht had. Kennelijk betwist de franchisegever deze wetenschap. De kantonrechter oordeelt dan ook dat de onderzoeksplicht van de franchisenemer in relatie tot de inlichtingenplicht van de franchisegever, in dit geval prevaleert.

De Voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam zette op 6 oktober 2014 (ECLI:NL:RBROT:2014:8),onder verwijzing naar ondermeer het Paalman arrest, kernachtig het beoordelingskader weer van een beroep op dwaling bij onjuiste prognoses. De Voorzieningenrechter betoogt dat volgens vaste jurisprudentie de aard van de franchiseovereenkomst met zich meebrengt dat op de franchisegever de verplichting rust ervoor zorg te dragen dat de aan de toekomstige franchisenemer verstrekte

prognoses deugdelijk zijn. De formulering van het beoordelingskader lijkt samengevat overgenomen te zijn van datgene wat het Gerechtshof te Arnhem op 25 maart 2008 (ECLI:NL:GHARN:2008:BG1402, r.o. 4.3 en 4.4) reeds schetste. De Voorzieningenrechter oordeelt dat voor het beantwoorden van de vraag of aan de franchisenemer een recht op vernietiging van de overeenkomst wegens dwaling toekomt, een onderzoek naar feiten en waarschijnlijk ook bewijslevering vergt. Daarvoor leent een kort gedingprocedure zich niet (goed). De Voorzieningenrechter kan dan ook slechts tot het oordeel komen dat vooralsnog onvoldoende aannemelijk is dat het beroep op vernietiging in een bodemprocedure zal slagen.

De franchisenemer kan zich, gezien het voorgaande, geconfronteerd zien met een lastige bewijspositie. In beginsel dient de franchisenemer te bewijzen of de verstrekte prognose ondeugdelijk is. Nu de prognose dient te berusten op een deugdelijk (markt- en vestigingsplaats) onderzoek zal de franchisenemer doorgaans niet exact weten waarop de franchisegever haar prognose gebaseerd heeft, anders dan hetgeen uit de verstrekte prognose blijkt.

In het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 17 september 2014 (ECLI:NL:RBAMS:2014:6732) overwoog de rechtbank dat het niet behalen van een omzetprognose op zichzelf niet betekent dat de prognose onjuist moet worden geacht, maar dat in het onderhavige geval er sprake is van een uitzonderlijk groot verschil tussen de omzetprognose en de door zes andere franchisenemers behaalde omzet. Indien de rechtbank toekomt aan beantwoording van de vraag of de omzetprognose al dan niet juist is geweest, heeft de franchisenemer met het vorenstaande voldaan aan haar stelplicht ten aanzien van de onjuistheid van de omzetprognose en zal de franchisegever in de gelegenheid worden gesteld aan te tonen dat de omzetprognose is gebaseerd op deugdelijk (markt- en vestigingsplaats-) onderzoek, aldus het oordeel.

Op 2 juli 2014 oordeelde de rechtbank Amsterdam (ECLI:RBAMS:2014:3831) dat, ondanks dat een franchisenemer slechts 60% van de geprognosticeerde omzetten behaalde, er geen sprake was van een ondeugdelijke prognose. In relatie tot het hiervoor aangehaalde vonnis van dezelfde rechtbank is het opmerkelijk dat de afwijzing van de vorderingen met name wordt gemotiveerd doordat de franchisenemer zijn stellingen onvoldoende zou hebben onderbouwd en niet wist te bewijzen. De ondeugdelijkheid van de prognose kon hier dus niet vastgesteld worden. Kennelijk acht de rechtbank het voor de beoordeling van de stelplicht van de franchisenemer van belang of de omzet van meerdere franchisenemers achterblijft bij de prognose.

Een voorbeeld van een prognosekwestie waarbij ondeugdelijkheid vastgesteld was, is de zaak die leidde tot het bodemvonnis van 3 december 2014 van de rechtbank Noord-Holland (ECLI:NL:RBNHO:2014:11564). Het betrof een C1000 franchisenemer die jarenlang met succes een C1000 supermarkt exploiteerde. Doordat Jumbo in 2012 concurrent C1000 overnam, zijn in overleg met de mededingingsautoriteit de verhuurrechten van een aantal C1000 supermarkten overgedragen aan bijvoorbeeld Albert Heijn. Jumbo kondigde voorts aan dat de C1000 formule op enig moment zou ophouden te bestaan. Albert Heijn heeft daarop de betreffende C1000 ondernemer een franchiseovereenkomst aangeboden, zodat er op het vestigingspunt een Albert Heijn supermarkt zou komen. De franchiseovereenkomst van Albert Heijn was onder hoge (tijds)druk voorgelegd aan de franchisenemer. Onderdeel van het aanbod was een prognose van de omzet die de franchisenemer zou moeten kunnen behalen onder de Albert Heijn formule. Ten aanzien van de voorgehouden prognose staat vast dat Albert Heijn deze gebaseerd had op de omzet onder de C1000 formule. De omzet zou volgens de prognose onder de Albert Heijn formule eerst iets afnemen, maar na drie jaar weer op het niveau van de exploitatie onder de C1000 formule uitkomen. Die redenering is volgens de rechtbank onzorgvuldig en ondeugdelijk. Onduidelijk is onder meer hoe de prijsgerichtheid van de C1000 formule zich hier manifesteert ten opzichte van de servicegerichte formule van Albert Heijn. Dit had kennelijk wel door Albert Heijn meegenomen moeten worden bij de totstandkoming van de prognose. Gebleken was namelijk dat Albert Heijn aanvankelijk een veel lagere omzet inschatte onder de Albert Heijn formule, maar dit enkel en alleen naar boven aanpaste omdat de franchisenemer onder de C1000 formule meer omgezet behaalde dan Albert Heijn verwacht had. Deze initiële prognose was de franchisenemer overigens onthouden. De uiteindelijk aan de franchisenemer voorgehouden prognose was derhalve niet gebaseerd op deugdelijk (markt- en vestigingsplaats-) onderzoek.

Franchisegevers sluiten vaak de aansprakelijkheid voor een ondeugdelijke prognose uit. Dit gebeurt soms expliciet, maar soms ook door de franchisenemer te verplichten tot een eigen onderzoek. In voorgaande kwestie van de franchisenemer die tegen de prognose van Albert Heijn opkwam, verwierp de rechtbank het beroep op de exoneratie, met name gelet op de aan de franchisenemer opgelegde (tijds)druk. Albert Heijn had daarbij aangegeven dat de franchisenemer ook een eigen on-

derzoek moest doen en er geen rechten ontleend konden worden aan de prognose. De rechtbank gaat voorbij aan de uitsluiting van de aansprakelijkheid (exoneratie) voor de onjuiste of ondeugdelijke prognose. De mededeling van Albert Heijn dat de prognose uiterst zorgvuldig opgesteld was, alsmede de tijdsdruk, maken dat een beroep op haar exoneratie Albert Heijn niet kan baten. In redelijkheid kon, gegeven de omstandigheden, niet van de franchisenemer verwacht worden dat die een eigen onderzoek zou doen.

Formulewijziging (en concurrerende formules)

Het opdringen van een andere franchiseformule door de franchisegever kwam in voorgaande twee uitspraken reeds aan de orde.

Ook in een andere zaak kwam dit aan de orde. In deze zaak (zaak- en rolnummer C/13/564731/KG ZA 14/592) vorderde een C1000 franchisenemer dat hij juist wel kon opteren voor een andere franchiseformule, te weten de Jumbo formule, omdat de franchisenemer dan de betalingsachterstand aan de franchisegever (sneller) kon inlopen. Het concern van C1000 was immers overgenomen door Jumbo, zodat zulks gevorderd kon worden, aldus de franchisenemer. De franchisenemer vordert dan ook om Jumbo/C1000 te veroordelen tot de benodigde medewerking tot ombouw naar de Jumbo-formule te faciliteren. Door de ombouw naar de Jumbo-formule (en de uitbreiding van 2.700 m2 naar 3.500 m2) zou de franchiseonderneming winstgevend gemaakt kunnen worden, aldus de franchisenemer. Echter, Jumbo/C1000 weigert. De Voorzieningenrechter oordeelt dat Jumbo/C1000 als franchisegever niet tekortschiet en dat Jumbo/C1000 niet verplicht kan worden tot de ombouw (en uitbreiding).

De Voorzieningenrechter van de rechtbank te Utrecht oordeelde op 14 oktober 2013(ECLI:NL:RBGEL:2013:4258) over Welkoop- en BoerenBondwinkels, die dezelfde formule hanteren. De franchisegever(s) bestaan uit samenwerking tussen twee partijen. Deze twee zijn bezig de samenwerking te ontvlechten. Onder meer het merk “BoerenBond” rust bij de partij die de Welkoopwinkels faciliteerde. Deze partij kwam op tegen het gebruik van dit haar toekomende merkenrecht door de Boerenbondwinkels. De Voorzieningenrecher oordeelt dat, nu niet kan worden vastgesteld dat een oplossing in de vorm van het verdergaan van de Welkoopwinkels enerzijds en de BoerenBondwinkels anderzijds geheel van de baan is, het de vraag is of de partij zijdens BoerenBond gedurende deze ontvlechting gebruik mag blijven maken van het merk “BoerenBond”. In dat kader dient een belangenafweging plaats te vinden. De Voorzieningenrechter oordeelt voorts dat dit voortgezet gebruik weliswaar – hoe ongelukkig ook – er toe zal leiden dat er tijdelijk gedurende zekere tijd en in afwachting van de uitkomst van de ontvlechtingsonderhandelingen twee ketens onder dezelfde naam en hetzelfde merk “BoerenBond” zullen bestaan, maar dit acht de Voorzieningenrechter minder schadelijk en onaanvaardbaar dan dat zijdens BoerenBond het gebruik van de handelsnaam en het merk “BoerenBond” thans dient te stoppen met een gerede kans dat zij die vervolgens weer mag gaan voeren/gebruiken. Dit zou het onderhandelingsproces over de ontvlechting ook overigens doorkruisen op een wijze die, mede gelet op de historie van de samenwerking, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid thans niet aanvaardbaar is.

Een geval dat daar ogenschijnlijk op lijkt, maar toch wezenlijk anders is, is het geval waarbij franchisenemers van de drogisterij formules DA, verenigd in een coöperatie, opkwamen tegen de uitrol van een andere DA formule door een zustermaatschappij van de franchisegever, waarbij gebruik gemaakt werd van de exclusieve intellectuele eigendomsrechten die vergeven waren aan de leden van de coöperatie, althans de bestaande franchisenemers. Deze “nieuwe” DA formule had onder meer het karakter van “hard franching”, terwijl de bestaande formule “soft franchising” was. De coöperatie had een mantelovereenkomst gesloten met DA waarin afspraken neergelegd waren over de ontwikkeling van de DA formule. Met de uitrol van de concurrerende DA formule door de zustermaatschappij van DA, werd kennelijk getracht de nakoming van de afspraken met de coöperatie over de ontwikkeling van de DA formules te omzeilen. In het tussenvonnis in dit kort geding van de Voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland van 19 juni 2014 (ECLI:NL:RBGEL:2014:3887), is geoordeeld dat, conform het gevorderde, DA in strijd met de mantelovereenkomst. De Voorzieningenrechter geeft op 19 november 2014 een eindoordeel (ECLI:NL:RBGEL:2014:7700) en overweegt dat de mantelovereenkomst tussen DA en de coöperatie niet kan worden opgezegd of ontbonden. Dit is in beginsel in strijd met de contractsvrijheid van partijen, aldus de Voorzieningenrechter. Volgens vaste jurisprudentie (HR 3 december 1999, NJ 2000, 120 en HR 28 oktober 2011, NJ 2012, 685) kunnen de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval daarom meebrengen dat opzegging toch mogelijk is, indien een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging bestaat. Uit diezelfde eisen kan, eveneens in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en

de omstandigheden van het geval, voortvloeien dat een bepaalde opzegtermijn in acht moet worden genomen of dat de opzegging gepaard moet gaan met een aanbod tot het betalen van een (schade)vergoeding. Kortom, de vorderingen van de coöperatie wordt afgewezen.

De einduitspraak in de DA kwestie is in die zin wezenlijk anders dan de kwestie over Boerenbond en Welkoop- omdat in het eerste geval geen sprake was van een vrijwillige ontvlechting en in het tweede geval wel. Dit maakt de uitspraak in de DA zaak lastig te billijken. Er is dan ook hoger beroep aangetekend waar halsreikend naar uitgekeken wordt.

In de tijd tussen voornoemd tussenvonnis en eindvonnis in deze kort gedingprocedure, is er op 5 september 2014 nog een ander kort gedingvonnis bij de rechtbank Overijssel (ECLI:NL:RBOVE:2014:4692) geveld in verband met de ontwikkelingen bij DA. Daar was aan de orde dat een leverancier meende goede gronden te hebben om te vrezen dat DA, gezien haar voorgenomen uitrol van de concurrerende DA formule door de zustermaatschappij van de franchisegever, de verplichtingen tot betalingen uit de reeds geëindigde leveringsovereenkomsten niet meer zou nakomen. Er werd onder meer staking van de uitrol gevorderd. De Voorzieningenrechter oordeelt dat, gezien het voorlopige verbod tot verdere uitrol van de tweede DA formule van de zustermaatschappij van DA en het daarmee ontbrekende spoedeisende belang, alsmede gezien de onbepaaldbaarheid van het gevorderde, de vordering afgewezen moet worden.

De Voorzieningenrechter van de rechtbank te Maastricht wees op 30 juni 2014 een vonnis (ECLI:NL:RBLIM:2014:5891) in verband met een overname van een exclusief leveringscontract, dat de franchisegever met een leverancier gesloten had. De koper van leveringscontract was overigens een concurrerende franchiseorganisatie. De franchisegever had een leveringsovereenkomst gesloten met een bepaalde leverancier, waarbij de franchisegever er voor instond dat de franchisenemers exclusief zouden inkopen bij de leverancier. De franchisegever kon zulks van de franchisenemers verlangen, omdat de franchiseovereenkomst bepaalde dat de franchisegever een leverancier kan aanwijzen bij wie exclusief ingekocht moet worden. De leverancier heeft voorts haar activiteiten verkocht en de activa daartoe overgedragen, inclusief de leveringsafspraak met de franchisegever en de franchisenemers. De koper exploiteerde twee franchiseformules die concurreerde met de franchiseformule van de franchisegever. De franchisegever heeft daarop haar franchisenemers aangegeven niet meer verplicht te hoeven inkopen bij de (nieuwe) leverancier, maar bij weer een andere leverancier te kunnen inkopen. De koper vordert in kort geding de franchisegever te gebieden een aanwijzing aan haar franchisenemers te zenden om verplicht in te kopen bij de koper van de leveranciersdiensten. De Voorzieningenrechter oordeelt dat er sprake is van schuldeisersverzuim, nu de koper niet aangetoond heeft dat de mogelijkheid tot plaatsing van telefonische bestelling volgens het leveringscontract nagekomen werd. Daarmee kan de Voorzieningenrechter zich inleven met het kennelijke betoog van de franchisegever om zich de belangen van haar franchisenemers aan te trekken. Daarbij komt dat de Voorzieningenrechter, op aangeven van de franchisegever, overweegt dat de leveringsovereenkomst mogelijk in strijd is met artikel 6 van de Mededingingswet en met artikel 5 lid 1 aanhef en onder 1 van de EU-Verordening 330/2010, en er dus sprake is van een nietige leveringsovereenkomst, althans een nietige exclusieve afnameverplichting van de franchisenemers. De vordering wordt afgewezen.

Het is jammer dat de Voorzieningenrechter geen oordeel velt over de concurrentiepositie van de franchisegever en de franchisenemers ten opzichte van de positie van de twee concurrerende franchiseformules van de koper van de leveranciersdiensten. Dit zou immers ook een legitieme reden kunnen zijn voor de franchisegever om de leveringsovereenkomst niet na te komen.

Het fundamentele kenmerk van “hard franchising”, zoals in voornoemde geschil met DA aan de orde was, is de relatief beperkte vrijheid van de franchisenemer. Illustratief is de uitspraak van de rechtbank Noord Holland in een kort geding van 11 september 2014 (ECLI:NL:RBNHO:2014:9474). Daar is geoordeeld over de vordering van een Albert Heijn franchisenemer die van Albert Heijn eiste dat Albert Heijn meewerkt aan het installeren van een zogenaamde Ageviewer. Een Ageviewer is een systeem voor de controle van de leeftijd van klanten die leeftijdgebonden producten willen kopen, zoals alcoholische dranken en tabak. Albert Heijn heeft aangegeven dat het bestaande systeem weliswaar niet 100% effectief is, maar daar staat tegenover dat er ook geen wettelijke plicht is om Ageviewer in te voeren. Ook meent Albert Heijn dat Ageviewer op gespannen voet staat met de verplichtingen uit de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp). Verder wijst Albert Heijn op het ketenbelang en de belangen van de andere franchisenemers. De rechter volgt Albert Heijn in haar betoog en is van mening dat onderhavige kwestie gezien de aard van de franchiserelatie (in het kader van de “hard franchise” formule), collectief en uniform met de franchisenemers

geregeld dient te worden. De Voorzieningen rechter volgt de visie van Albert Heijn en wijst de (reconventionele) vordering af.

Huurovereenkomst en franchising

In aansluiting op het vorige onderwerp, deed zich ook een discussie voor over concurrerende franchiseformules, maar dan in de dimensie van huurovereenkomsten.

Op 15 juli 2014 is er door de rechtbank Noord-Holland in kort geding (ECLI:NL:RBNHO:2014:9635) een interessante uitspraak gedaan over het beconcurreren van een supermarkt door de eigen verhuurder. Aan de orde was de situatie waarbij de verhuurder (te weten Deen) een supermarktbedrijfsruimte verhuurde aan Jumbo Supermarkten die in het gehuurde een Jumbo supermarkt exploiteerde. Deen is voorts in de directe nabijheid van deze bedrijfsruimte een eigen Deen supermarkt gaan exploiteren. De Voorzieningenrechter oordeelde dat het concurrerende handelen van de verhuurder in beginsel gesanctioneerd dient te worden en verwijst naar een arrest van de Hoge Raad van 17 december, ECLI:NL:HR:2004:AR2768 (Dunnewind-Schuitema) waar zulks bepaald was. Echter, omdat deze Deen supermarkt geen echte full service supermarkt was, zoals de Jumbo supermarkt dat wel is, maar veelmeer een soort “AH to go”, was er van werkelijke concurrentie nauwelijks sprake. Er was derhalve in dat specifieke geval geen sprake van een storing in het huurgenot. Echter, als er werkelijk sprake is van concurrentie door de verhuurder, dan kan hier wel degelijk tegen opgekomenworden. Verder zij opgemerkt dat de huurovereenkomst een non-concurrentiebeding bevatte. Volgens Jumbo hebben partijen daarmee afgesproken dat Deen zich zou onthouden van concurrerende activiteiten. Deen heeft die uitleg gemotiveerd bestreden. Volgens Deen was het slechts de bedoeling dat Jumbo zou worden gevrijwaard van een vordering tot eigen gebruik van de zijde van Deen. Deen wijst erop dat een non-concurrentiebeding niet is overeengekomen en dat Deen, als supermarktketen, zeker een non-concurrentiebepaling niet zou opnemen in de huurovereenkomsten met derden. Jumbo heeft naar het oordeel van de Voorzieningenrechter vervolgens haar uitleg in onvoldoende mate aannemelijk gemaakt. Het beroep op het non-concurrentiebeding wordt daarmee afgewezen.

In een arrest van 18 november 2014, heeft het gerechtshof te Den Bosch (ECLI:NL:GHSHE:2014:4741) zich onder meer gebogen over de vraag of een verhuurder de huur van een bedrijfsruimte mag opzeggen wegens dringend eigen gebruik, omdat haar dochtermaatschappij een overeenkomst gesloten heeft met een franchiseorganisatie ter exploitatie van de bedrijfsruimte onder de franchiseformule van deze franchiseorganisatie. Het betrof een horecaruimte op een treinstation van de NS. De NS verhuurt via (via Retailbedrijf, het vroegere Servex) op diverse treinstations horecaruimten en heeft kennelijk met Starbucks een overeenkomst gesloten op basis waarvan Starbucks haar franchisenemers de horecaruimten kan doen laten exploiteren. Het hof overweegt dat de verhuurder voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij bij de exploitatie van winkels en horeca op het treinstation er groot belang bij heeft om door middel van onder meer franchiseformules de exploitatie van de winkels en horecavoorzieningen op de stations, waaronder de verhuurde bedrijfsruimte in kwestie, in eigen hand te nemen. Het hof overweegt in dit verband voorts nog expliciet dat ook gebruik van het gehuurde door een aan verhuurder gelieerde franchisenemer onder eigen gebruik kan worden begrepen. De verhuurder heeft ook aannemelijk gemaakt dat er sprake is van persoonlijk eigen gebruik. Het begrip ‘eigen gebruik’ omvat ook het in gebruik geven aan een ander, bijvoorbeeld aan een vennootschap waarbij de verhuurder is betrokken, wanneer daardoor het eigen belang wordt gediend. Naar het oordeel van het hof doet zich hier een dergelijke situatie voor. De verhuurder heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat zij door het in huur geven van het gehuurde aan Retailbedrijf haar eigen belang dient, zowel wat betreft haar zeggenschap (via Retailbedrijf) als wat betreft het financiële rendement, dat zal bestaan uit door Retailbedrijf aan de verhuurder te betalen huur en uit de exploitatieopbrengst, die indirect zullen bijdragen aan de winst van de verhuurder.

Het gerechtshof Den Haag heeft op 22 december 2014 (ECLI:NL:GHDHA:2014:4103) het kort gedingvonnis in eerste aanleg vernietigd, waarbij - ondanks een forse en langdurige betalingsachterstand van de franchisenemer - de gevorderde ontruiming van het gehuurde afgewezen was. Het gerechtshof stelt vast dat de franchiseovereenkomst tussen partijen mede ziet op het gebruik van een terrein met daarop een wasstraat en een gebouw die dienstig zijn aan de te exploiteren franchiseformule. Het gaat onmiskenbaar om een huurovereenkomst van een bedrijfsruimte, zo al niet in de zin van artikel 7:290 BW, dan toch tenminste in de zin van artikel 7:230a BW. Het gerechtshof verwijst dienaangaande naar het arrest van de Hoge Raad van 11 april 2014 (ECLI:NL:HR:2014, 899). Het gerechtshof is voorshands van oordeel dat beide aspecten van de overeenkomst zo nauw met elkaar samenhangen dat het ene niet zonder het andere kan, waarbij het huurelement in de franchiseovereenkomst niet van on-

dergeschikte betekenis is. Dit betekent dat op, grond van artikel 6:215 BW, de dwingendrechtelijke huurbepalingen op de franchiseovereenkomst van toepassing zijn en dat derhalve ontbinding van de overeenkomst buiten de rechter om niet mogelijk is. Tot zo ver volgt het gerechtshof het vonnis in eerste aanleg. Het gerechtshof acht aannemelijk dat er onder andere sprake is van een forse en langdurige betalingsachterstand. Daarnaast verzaakt de franchisenemer om steeds het wekelijkse aantal wassingen door te geven, waardoor de franchisegever de mogelijkheid wordt ontnomen de hoogte van de franchisevergoeding te berekenen. Dit levert een tekortkoming op in de nakoming van de franchiseovereenkomst tussen partijen. Uitgangspunt is dat iedere wanprestatie grond vormt voor ontbinding van de overeenkomst, tenzij de tekortkoming vanwege haar bijzondere aard of geringe betekenis in de gegeven omstandigheden de ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt. Het gerechtshof is van oordeel dat de tekortkoming dusdanig ernstig is dat de bodemrechter naar alle waarschijnlijkheid de franchiseovereenkomst (inclusief de huurovereenkomst) tussen partijen zal ontbinden. Daarom wordt de vordering tot ontruiming van het gehuurde en staking van de exploitatie in dit hoger beroep van het kort geding alsnog toegewezen.

Opschorting

In diverse zaken kwam ook het opschortingsrecht ter sprake. Opschorting is een krachtig zekerheidsrecht dat zowel door de franchisenemer als de franchisegever kan worden gebruikt. Bij opschorting tot nakoming van enige verbintenis tot voldoening van een vordering plaatsvindt, dient immer te worden beoordeeld of er voldoende samenhang bestaat tussen deze vordering en de opschorting.

Indien de franchisegever de leveringen aan de franchisenemer heeft opgeschort, omdat de franchisenemer (de betaling van) de franchise fee heeft opgeschort, dient door de Voorzieningenrechter te worden beoordeeld of de opschorting van de fee het opschorten van leveringen rechtvaardigt. Naar het oordeel van de Voorzieningenrechter van de rechtbank Noord-Nederland op 28 augustus 2014 (ECLI:NL:RBNNE:2014:4715), was dat in het voorgelegde geschil niet het geval. De franchisenemer heeft namelijk terecht aangevoerd dat er onvoldoende samenhang bestaat tussen de vordering van de franchisegever inzake de franchise fee enerzijds en de vordering van de franchisenemer met betrekking tot de levering van de bestelde goederen anderzijds. De door de franchisenemer bestelde goederen worden steeds door hem betaald. Bovendien is de Voorzieningenrechter van oordeel dat de franchisenemer genoegzaam heeft toegelicht waarom hij meent gerechtigd te zijn tot opschorting van de franchise fee. Tevens acht de Voorzieningenrechter, mede gelet op de afnameverplichting (de franchisegever had zich in 2009 aangewezen als verplichte leverancier) van de franchisenemer bij de franchisegever op straffe van verbeurte van een boete, een leveringsstop een te ingrijpende reactie op het opschorten van de franchise fee. Alles afwegende oordeelt de Voorzieningenrechter dat de franchisenemer zich in dezen terecht op de opschorting van de franchise fee kan beroepen.

Het einde van de franchiseovereenkomst

Het voortijdig stoppen van de franchiseovereenkomst door de franchisenemer heeft tot gevolg dat in beginsel het positieve contractsbelang vergoedt dient te worden. Dit was het oordeel van de rechtbank Gelderland in het vonnis van 17 september 2014 (ECLI:NL:RBGEL:2014:6145). De franchisenemer had ten onrechte de franchiseovereenkomst beëindigd, waarop de franchisegever onder meer de franchise fee vorderde voor de resterende looptijd van de franchiseovereenkomst. De rechtbank overwoog dat zulks in beginsel voor toewijzing gereed ligt, zij het dat er een nieuwe franchisenemer inmiddels in de plaats gekomen was, waardoor de schade (het positieve contractsbelang) beperkt werd.

De rechtbank Rotterdam kwam op 12 november 2014 (zaak-/rolnummer: C/10/444000 / HA ZA 14/146) tot het oordeel dat er geen sprake was van onrechtmatigheid van de franchisegever door de franchiseovereenkomst op te zeggen en niet te verlengen voor nog een nieuwe periode van 10 jaar, ook niet in verband met een overeengekomen aanvullende proefperiode. Voorts is er geen sprake van onrechtmatigheid door de franchisenemer geen langere termijn te geven om zijn onderneming te verkopen. Na opzegging van de initiële contractstermijn, had de franchisenemer namelijk beterschap beloofd en derhalve had de franchisegever de franchiseovereenkomst na afloop van de overeengekomen tien jaren, nog verlengd met een periode van 10 maanden. Gedurende deze zogenaamde proefperiode kon de franchisenemer alsnog laten zien dat hij zijn prestaties kon verbeteren. Als dat het geval zou zijn zou de franchiseovereenkomst alsnog wederom voor 10 jaren worden verlengd. Omdat al vrij snel binnen die periode van 10 maanden bleek dat de franchisenemer zijn toezeggingen niet kon waarmaken, heeft de franchisegever al na zes maanden aangegeven dat hij de franchiseovereenkomst niet zal verlengen na de overeengekomen periode van 10 maanden.

Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden boog zich over de vraag of, en in hoeverre, na beëindiging van de franchiseovereenkomst, de koopprijs van een geleverde voorraad teruggevorderd kon worden. Zie het arrest van 28 augustus 2014 (ECLI:NL:GHARL:2014:6637). In eerste aanleg betwist de franchisenemer dat de koopsom op grond van de beëindigingsovereenkomst ineens opeisbaar zou zijn. De rechtbank heeft dat verweer gegrond geacht en geoordeeld dat in de overeenkomst niet is bedongen dat de gehele koopsom ineens in zijn geheel opeisbaar is als niet per maand wordt afgelost. De overeenkomst zelf biedt dan ook geen steun aan de vordering tot integrale betaling van de restantkoopsom, aldus de rechtbank en het hof. Het hof voegt daar nog aan toe dat de voorraadkoop wellicht aangemerkt zou kunnen worden als koop op afbetaling. Echter, hieraan zou in de weg kunnen staan dat niet expliciet is overeengekomen dat er na aflevering tenminste twee termijnen verschijnen-, vervroegde opeisbaarheid schriftelijk moet worden bedongen (artikel 7A:1576 b lid 1 in verbinding met artikel 7A:1576 c lid 1 BW). Van huurkoop kan ondanks het eigendomsvoorbehoud geen sprake zijn, nu een akte met plan van regelmatige afbetaling, zoals bedoeld in artikel 7A:1576j BW, ontbreekt.

In een franchiseovereenkomst is afgesproken dat geschillen beslecht worden door arbitrage, te houden in New York, in de Engelse taal, naar het recht van Liechtenstein. De rechtbank van Amsterdam achtte die afspraak geldig. In hoger beroep werd daar anders over gedacht. Zie het arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 3 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2270. Als eerste vraagt het hof zich af of het arbitragebeding onder het recht van Liechtenstein beoordeeld moet worden. Die vraag wordt bevestigend beantwoord in een tussenarrest. Zie Gerechtshof Amsterdam 20 augustus 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2580. De tweede vraag is of, naar het recht van Liechtenstein, het arbitragebeding ook geldig is. Het recht van Liechtenstein heeft een regel die inhoudt dat een contractuele afspraak ongeldig kan zijn indien er sprake is van “aanzienlijke onevenwichtigheid” tussen de contactspartijen. Het hof stelt voorop dat de franchisenemer als economisch zwakkere partij gezien moet worden tegenover de franchisegever die een multinational is met wereldwijd meer vestigingen dan McDonald’s. De financiële middelen, de deskundigheid en economische kracht en macht van de franchisegever gaan die van de franchisenemer verre te boven. De franchisenemer zou, ook indien hij zonder juridische bijstand zijn zaak zou bepleiten, naar de Verenigde Staten moeten reizen om zijn zaak te kunnen verdedigen. De mogelijkheid om gehoord te worden door middel van een conference call kan volgens het hof niet gelijk worden gesteld met het ter zitting bepleiten van het standpunt. De kosten van de door de franchisegever voorgeschreven arbitrageprocedure zijn dan ook veel hoger dan de kosten van een (arbitrage)procedure in Nederland. Dat in de Verenigde Staten en in het Engels moet worden geprocedeerd, is dan ook louter in het voordeel van de franchisegever, nu haar moederbedrijf daar gevestigd is. Het franchisecontract is op dit punt aanzienlijk onevenwichtig en kan daarom niet in stand blijven. In feite werpt de franchisegever een onaanvaardbare belemmering op voor de franchisenemer om te kunnen procederen. •

Mr. Th.R. Ludwig is franchise-advocaat bij Ludwig & Van Dam advocaten en tevens redacteur

Mr. A.W. Dolphijn is franchise-advocaat bij Ludwig & Van Dam advocaten